zum Vormunde bestellt sey, seit dieser Zeit die stillschweigende Hypothek auf dem ganzen Vermögen desselben. Er bat daher: diese Forderung nebst Zinsen und Kosten unter N. 1. der hypothekarischen Gläubiger zu lociren.

Dagegen wurde ausgeführt: der Profitent könne die Hypothek für seine Forderung nicht in Anspruch nehmen, denn die vormaligen Pupillen seyen längst befriedigt, eine Cession sey damals nicht erfolgt und ipso jure gehe die Hypothek nicht über.

Nach zum Schluß verhandelter Sache wurde im Prioritatsurtheile des Profitenten Wittwe (als Erbin ihres unterdessen verstorbenen Ehemannes) mit den angegebenen Receßgeldern nebst Zinsen und Kosten inter chirographarios locirt.

Letztere appellirte an die Herzogl. Oldenburgische Justizcanzlei, wo nach der oben vorgetragenen Rechtstheorie ein reformatorisches Urtheil dahin erfolgte: „daß die Appellantin mit sämmtlichen Receß-Geldern nebst Zinsen und Kosten nach der für die v. H. Pupillen seit dem 13ten Juni 1796 bestandenen stillschweigenden Hypothek unter die hypothekarischen Gläubiger zu lociren sey.“

Dieses Urtheil ist vom Herzogl. Oberappellationsgerichte bestätigt.

VII.

Ueber die Wirkung auflösender Bedingungen bei Erbeinsetzungen.

Von Herrn Professor Zimmern in Heidelberg.

Die gemeine Meinung, wonach eine der Erbeinsetzung beigefügte resolvirende Bedingung unwirksam seyn soll, ist in

dieser Zeitschrift angegriffen [1]) und wieder vertheidigt worden. [2]) Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes ist durch die Ueberzeugung, daß die neue Meinung die richtige sey, wenn sie auch nicht mit hinlänglich starken Waffen vertheidigt worden war, zu dieser Schutzschrift für dieselbe veranlaßt worden. — Die Ansichten stehen sich in der Art gegenüber, daß die herrschende glaubt: „eine Bedingung, so gefaßt, daß mit ihrer Existenz die Erbeinsetzung resolvirt seyn soll, müsse man wie nicht beigefügt betrachten, so daß der institutus sogleich Erbe werde und bleibe.“ Aber die neue Ansicht glaubt: „in solchem Falle sey die Erbeinsetzung so zu betrachten, als wäre sie durch das Definiren jener Bedingung suspendirt“. Z. B. Titius soll Erbe seyn aber auf den Fall, daß ihm ein Bruder geboren werde, soll die Erbeinsetzung wieder resolvirt seyn (wobei auf diesen Fall ein neuer Erbe gerufen seyn kann, oder auch nicht); nach der alten Meinung würde er die Erbschaft sogleich antreten können, und auf keinen Fall herausgeben müssen, nach der neuen würde Titius warten müssen, ob der Bruder zur Welt kömmt, und auf diesen Fall nie Erbe werden, sonst aber allerdings, wobei es sich alsdann nach sehr bekannten Grundsätzen von selbst versteht, daß zurückgezogen wird, d. h. daß er als Erbe gilt vom Augenblick des Todes an, also auch die hereditas cum omni causa erhalten muß. —

Man hat sich beiderseits auf Argumente berufen, die weder für noch gegen beweisen, und davon sey zuerst die Rede.

Die ältere Meinung stellt an die Spitze den Grundsatz semel heres, semper heres, wofür dann gewöhnlich die L. 88. D. de heredib. instit. citirt wird. — Die Regel könnte den Sinn haben, daß der zur Erbschaft Berufene, sobald er Erbe geworden, nicht wieder Raum haben dürfe,

---

1) Wening im Archiv B. 1, nr. IX.

2) Thibaut das. B. 5, nr. XIII. S. 313 — 323.

mit andern Worten, daß sich alsdann die Creditoren ohne Weiteres an ihn halten können und müssen. Daß der Satz in diesem Sinne wahr sey, leidet keinen Zweifel. Bekannt ist ja, daß die Erbantretung gleichsam als ein Contract mit den Creditoren und Legatoren angesehen wird[3]), daß man nur durch in integrum restitutio gegen die hereditatis aditio sich helfen können,[4]) daß selbst die Veräußerung der hereditas abgesehen von einem fiskalischen Privilegium,[5]) nur Singularsuccession begründet,[6]) daß selbst die dem älteren Recht bekannte, in Bezug auf die corpora Universalsuccession (wenn man es alsdann so nennen darf) begründende in jure cessio einer requirirten hereditas, wenigstens die Forderungen nicht übergehn ließ, und Untergang der debita bewirkte,[7]) wobei noch die Eine Schule den suus heres ausnahm, und die in jure cessio desselben für ganz wirkungslos ansah.[8]) Bekannt ist ferner, daß ein suus heres erst durch prätorische Gunst zu abstiniren die Erlaubniß erhielt, wobei er dennoch stricto jure Erbe bleibt, auch nur für seine Person nicht als solcher behandelt wird, so daß die testamentarischen Dispositionen nicht mit untergehen.[9])— —

---

3) §. 6. I. de Obl. q. q. E. C., L. 5, §. 2 D. de obligg. et actt., L. 3. fin. D. quib. ex causis in poss. (42, 4), L. 1. C. communia de legat. (6, 43).

4) Gaj. II., 163, Paul. III, 46 in fin. §. 5, 6 I. de hered. qualit. — L. 7. §. 5. D. de minorib. L. 21. §. 5. D. quod met. causa, L. 85 D. de acq. l. omitt. hered. L. 1 C. si minor ab hered. (2, 39), L. un. §. 2 C. de reputation. (2, 48).

5) L. 1 C. de hered. vend. (4, 39), L. 54 pr. D. de hered. petit. L. 41 D. de jure fisci.

6) Gaj. II, 252, 257 fin., §. 6. und §. 7. I. de fideicomm. heredit. Theop. ibid. §. 3. — Tit. D. u. C. de hered. vend. Hasse in diesem Archiv B. 5. S. 37 seqq.

7) Gaj. II, 35, 36; III, 85 u. 86; Ulp. Tit. 19. §. 12 — 14.

8) Gaj. II, 37; III, 87.

9) L. 57 pr. D. de acq. l. om. hered. „quamvis creditoribus

Der hier entwickelte Sinn der oben erwähnten Regel ist es aber nicht, welcher unsere Frage berührt, bei welcher es vielmehr darauf ankommt, ob der Testator machen könne, daß jemand Erbe sey, und es in der Folge wieder aufhöre zu seyn? was aber allerdings ebenfalls verneint werden muß; freilich nicht darum, weil es in L. 88. cit.[10])

---

hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur." L. 20. §. 4. D. eod. — L. 12. pr. de interr. (11. 1.) „hunc qui abstinuit Praetor non habet heredis loco." L. 30. §. 10. D. de fideic. libertat. — „non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se" — L. 12. D. ad sct. Trebell. L. ult. D. de dotis coll. 37, 7. L. 6. §. 2 D. de bonis libert. (38, 2)" si filius liberti heres ab eo institutus abstinuerit, *quamvis nomine sit haeres*, patronus admittitur," L. 44. D. de re judic. (44, 1).

10) Die L. 88. enthält den Fall, daß ein insolventer Schuldner seinen Sklaven Stichus durch Testament frei und zum Erben macht, und auf den Fall, daß er es würde, den Titius adjicirt („Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto). Des Testators Wille geht also dahin, daß entweder beide oder keiner Erbe werden soll. Der Grund, warum eigentlich Stichus wieder aufhören soll Erbe zu seyn, liegt also anderwärts, nämlich darin, daß ein insolventer Schuldner nicht wollen darf, daß sein Sklave frei werde, sobald ein anderer Erbe da ist; mit andern Worten die lex Aeliae Sentia hat die Manumission in fraudem creditorum verboten, und nur in dem Nothfalle, daß kein anderer Erbe da sey, seinen Sklaven, aber auch nur einen einzigen, einzusetzen erlaubt: Gaj. I. 21 u. 37; Ulp. I, 14 u. 15.; Fragm. Dosith. §. 18. ed. Berol. (§. 16. Schilling.); §. 1 — 3 J. et Theoph. qui et quibus ex caus. (1, 6); L. 10. L. 16 §. 2. L. 27. pr. D. ad leg. Aelian. (40, 9); L. 55, 57, 60. D. de hered. instit. auch L. 27. D. de manum. testam. (40, 4). — Da aber im vorliegenden Falle ein anderer Erbe nur insofern gerufen ist, als der Sklave Erbe werden würde, so hat man den ungesetzlichen Willen des Testators lieber aufrecht erhalten, als dem die Erbschaft wieder genommen, der sie einmal hatte. Es ist also hier

oder in irgend einer andern Stelle [11]) geradezu stände — aber aus Gründen, die Thibaut zu gut entwickelt hat, als daß es aufs Neue bewiesen werden müßte. Selbst in dem bekannten Falle, wo erst durch ein positives Gesetz, das Sct. Trebellianum, der von dem Testator verlangte Uebergang der hereditas aus der Hand des Erben in dritte Hand Universalsuccession begründen soll, bleibt der Erbe stricto jure heres [12]), welcher durch die Rechtsconsequenz auf jeden Fall nöthig gewordene Gesichtspunkt, nicht einmal ohne alle praktische Folgen ist. [13])

Dieses alles beweist indessen nur so viel, daß auch des Testators Anordnung keinen in der Art zum Erben machen könne, daß er nach der Acquisition wieder aufhöre, Erbe zu seyn. Allein solches behauptet die neue Meinung ebenfalls nicht, und der Streit ist nur der, ob nicht eine Umwandlung in die umgekehrte Suspensivbedingung eintreten müsse; denn daß eine solche Bedingung zulässig sey, mit andern Worten: daß man jemand sub conditione einsetzen könne, hat noch niemand bezweifelt, und könnte es auch nicht, sowohl weil es in so vielen Stellen ausdrücklich steht, als weil es schon aus der institutio cum cretione, der Deliberationsfrist u. s. w. von selbst folgt. Unter andern steht es auch in §. 9. I. de hered. instit., was ich darum erwähne, weil die Stelle als Argument für die neue Meinung

---

nicht von einem vom Testator gewollten, sondern gerade umgekehrt von ihm nicht gewollten Resolviren die Rede, und die Stelle würde folglich für den Sinn unserer Regel, um den es hier sich handelt, nichts beweisen.

11) Es deutet nämlich allerdings noch darauf hin L. 7. §. 10 fin. D. de minorib., L. 3. §. 2 fin. D. de liberis (28, 2).

12) Gaj. II, 251; §. 3. I. de fideic. heredit, L. 44. §. 1. D. ad Sct. Treb. v. Löhr Mag. B. 3. (1) S. 221—223.

13) L. 42. §. 1. L. 55. pr. L. 78. §. 15. L. 70. pr. D. eod. (36, 1). L. 17. D. de transact. (2, 15). Mühlenbruch Cession S. 478—481.

gebraucht worden ist, so wie auch L. un. C. de his quae poenae nomine. Allein weder diese Argumente haben mir zusagen können, noch ganz die Art, wie ihnen begegnet worden ist. Was vorerst die L. un. betrifft, so bezieht sie Thibaut bloß auf *legata* poenae nomine, und bemerkt, daß selbst wenn sie auf Verwürkung des Erbrechts ginge, doch nur von einer Strafe die Rede sey, woraus kein Schluß auf „alle als auflösend gesetzten blos zufälligen Bedingungen" gelte. Diese Bemerkung ist richtig, beweist aber doch für eine nicht völlige Unzulässigkeit der Resolution; der andere Einwand durfte aber in der L. un. C. cit. nicht die Worte: »in adjiciendis *hereditatibus*« unberücksichtigt lassen; die man indessen offenbar nur auf Herausgabe der hereditas als Fideicommiß oder auf die heredis adjectio beziehen kann.[14] Auf jeden Fall aber würde v. Wening durch diese Stelle gegen sich selbst argumentiren, wenn er sie auf die Herausgabe der ganzen bereits erworbenen Erbschaft bezieht. Endlich gegen den §. 9. I. cit. braucht man sich diesmal nicht auf die »Allgemeinheit« und absichtliche Unbestimmtheit der Institutionen, die weitere Ausführung und Einschränkung den Pandekten überlassend, zu berufen, sondern es kann die Stelle schlechterdings nur von einer s. g. Suspensiv-Bedingung verstanden werden, da sie weiter nichts sagt, als: „heres pure et sub conditione institui potest." Da die Resolutivbedingung ebenfalls eine *pura institutio* wäre, quae sub conditione resolvitur, so geht die sub conditione institutio schon wegen des Gegensatzes nur auf die Suspension der Institution. Aber auch für sich allein betrachtet, bezeichnen die Ausdrücke sub conditione instituere, obligari, stipulari, distrahere, contrahere u. s. w. nur ein bedingtes Eingehen aber nicht zugleich ein bedingtes Aufheben.[15]

---

14) Gaj. II, 243. mit §. ult. I. de legat. (2, 20).

15) L. 3. D. de contr. erupt.; L. 2. pr. §. 1; L. 4. §. 3. de

Dagegen eine Bedingung der letztern Art ist enthalten in den Stellen, welche allerdings zum Beweise dienen, daß selbst ein unter resolvirender Bedingung ertheiltes Legat so betrachtet werden müsse, als wenn es unter entgegengesetzter Suspensivbedingung gegeben worden wäre:

L. 10. D. *de adim. l. transfer. legat.* Si legatum pure datum Titio, adimatur sub conditione, et pendente conditione Titius decesserit; quamvis conditio defecerit, ad heredem Titii legatum non pertinebit; nam *legatum cum sub conditione adimitur, perinde est ac si sub contraria conditione datum fuisset.*

L. 14. D. *eod.*
Legata inutiliter data, ademptione non confirmantur: veluti si domino herede, instituto pure legatum sub conditione adimatur: *nam pure legatum si sub conditione adimatur sub contraria conditione datum intelligitur*, et ideo confirmatur: ademtio autem quo minus non quo magis legatum debeatur, intervenit.

L. 107. D. *de конditt.*
— — *Purum datum legatum conditionale videtur*, veluti quod sub conditione ademptum est, quia sub contraria conditione datum intelligitur.

L. 6. pr. D. quando dies legator. *Quod pure datum est*, si sub conditione adimatur, *quasi sub conditione legatum habetur.*

Gelungen wird man den Versuch,[16]) diesen einen entschiedenen Grundsatz durch ihre Wiederholung aussprechenden Stellen eine andere Deutung zu geben, schwerlich nennen

---

in diem addict. (18, 2); L. 1. D. de lege comm. (18, 3). Meine Abhandl. über Resolutivbedingungen in diesem Archiv B. 5. S. 234.

16) Thibaut a. a. O. S. 321.

dürfen.[17]) Bekanntlich haben die Römer zur Bezeichnung einer Resolutivbedingung keinen technischen Ausdruck, und konnten ihn nicht haben, denn die Bedingung ist dieselbe, sie suspendire die Eingehung oder die Nebenberedung des Rückfalls [18]). Bei Testamenten ist dieser vom Testator angeordnete Rückfall nichts anders als eine Ademtion, und wenn er diese von einer Bedingung abhängig macht, so haben wir nichts weiter als was bei zweiseitigen Geschäften eine bedingte Resolution ist,[19]) kömmt hinzu, was bei entgegengesetzter Meinung sehr auffallen muß, daß keine Stelle nachgewiesen werden konnte, in welcher von wirklicher Resolution eines **bereits** erworbenen Legats die Rede ist, so muß man offenbar zugeben, **daß bei Legaten eine resolvirend wirkende Bedingung ebenfalls unzulässig ist.** Auch ist es in der That praktisch gleichgül-

17) Schon Göschen Observ. p. 67 sqq. hat auf diesen Grundsatz aufmerksam gemacht.

18) Thibaut Civ. Abh. S. 359 folgg.

19) Es macht auch gar nichts aus, ob dem puren Legat in demselben Zusammenhang oder erst in einem Absatz die Bedingung beigefügt wird; so Javolen L. 40, §. 2. D. de condd. et demm. „Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita jusserat: *quas pecunias cuique legavi eas heres meus si mater mea moritur, dato.* Mortuo patre familias, Titius vixerat, et viva matrefamilias decesserat. Mortua matre heredibus Titii legatum deberi Ofilius respondit: quoniam non sub conditione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adjecta. Videamus (inquit Labeo ne id falsum sit: quia nihil intersit utrum ita scribatur, *quas pecunias cuique legavi eas heres meus si mater mea moritur dato*; an ita: *nisi mater mea moritur, ne dato*, utrubique enim sub conditione vel datum vel ademptum esse legatum. Labeonis responsum probo." Da die hinzugefügte Bedingung eine suspensive war, und doch gesagt wird, es sey sub conditione datum *vel ademptum*, so spricht auch diese Stelle dafür, daß sub conditione dare oder sub contraria adimere gleich sey.

tig, ob ich etwas sogleich erhalte und nur bei eintretender Bedingung mit allen bisher gezogenen Nutzungen herausgeben muß — oder ob ich zwar erst erwerbe, wenn die Bedingung deficirt ist, dann aber rückwärts mit allen Nutzungen. Daß es die Römer für gleichgültig ansahen, beweist schon das, was so eben hinsichtlich der Vermächtnisse nachgewiesen worden. Es wird aber auch ferner bewiesen durch die provisorische Zuweisung von Erbschaften und Legaten gegen Caution; theils, wenn sich der Fall zur Mutiana cautio eignet, nach Civilrecht,[20] theils durch Ertheilung von secundum tabulas bonorum possessio in andern Fällen bedingter Erbeinsetzung[21]). Aus diesen bekannten Grundsätzen geht zugleich hervor, daß auch bei wirklich suspensiv concipirter Bedingung selbst eine Erbschaft sogleich zugewiesen werden kann, wobei man freilich nicht definitiv als Erbe gelten darf, indem sonst bei wegfallender Bedingung ein wahrhaftes Resolviren einträte. Es soll aber durch diese Bemerkungen nur darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Römer auch hier, wie so oft in zweifelhaften Fällen, nur das endliche Resultat im Auge haben, so daß also auch die mehrbesprochene Umwandlung gar nicht als Abweichung von des Testators Willensmeinung gelten kann. Steht das fest, und ist es ferner wahr, daß doch des Testators Wille möglichst genau befolgt werden muß, so kann man die Frage so stellen: Soll deswegen, weil es ungesetzlich wäre eine Erbantretung wieder zu resolviren, eine darauf gerichtete Bedingung durchaus unwirksam seyn, obgleich man zu dem vom Testator gewünschten Resultate auf eine Weise gelangen kann, die mit keinem gesetzlichen Grundsatz

20) L. 7. pr. L. 18, L. 74 §. 1, 2. L. 73. L. 101. §. 3. L. 106 D. de condit. et demonstr. (35, 1). L. 63. §. 1. D. ad Sct. Treb. u. s. w.

21) L. 3. §. 13 D. de B. P. C. T. (37, 4); L. 2. §. 1. L. 5 pr. L. 6, L. 10 D. de B. P. S. T. (37, 11) u. s. w.

im Widerspruch steht? auf eine Weise, die die Römer bei Legaten selbst befolgen? Soll trotz der gesetzlichen Analogie des Testators Wille gar nicht befolgt werden, weil er nicht buchstäblich, sondern nur dem Geiste nach befolgt werden kann? und doch „in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones.“[22]) und wird uns zur Pflicht gemacht »in conditionibus testamentorum voluntatem *potius quam verba* considerare!«[23]) — Es ist wahr, das Interesse der Creditoren, so wie im alten Rechte der sacra, hat allerdings oft eine verschiedene Beantwortung derselben Frage bei Erbschaften wie bei Legaten veranlaßt, wie ich in einem andern Falle selbst anerkannt habe.[24]) Allein im vorliegenden ist zu einer solchen Abweichung kein Grund vorhanden, man müßte denn läugnen, daß eine Erbschaft sub conditione (suspensiv) gegeben werden könne. Daß übrigens bei resolutiv gefaßter Bedingung, eben weil sie nur als suspensive wirkt, und weil alsdann eine provisorische Einweisung gegen Caution erlaubt ist, ebenfalls diese Zuweisung eintreten dürfe und müsse, kann keinen Zweifel leiden; ob sie aber definitiv sey oder eben so provisorisch wie bei einer auch den Worten nach suspensiv concipirten Bedingung — das allein ist der wahre Gegenstand unsers Streites. — Aber es ist nun Zeit die Sache noch von einer andern Seite aus zu betrachten.

Vor Justinian waren schon die Erbeinsetzungen ad tempus unzulässig, aber auch (mit Ausnahme des legirten ususfructus[25])) die Legate[26]). Das letztere hat Justinian

---

22) L. 19 pr. D. de conditt. et dam. (35, 1).

23) L. 101. pr. D. eod.

24) Meine Diss. de Muciana cautione, Heidelb. 1818, p. 21 seqq.

25) Fragmenta juris antej. edit. à *Majo* §. 48 u. 52. Paul. III, 6 §. 33.; L. 3 D. quib. mod. ususfr. (7, 4); L. 5, 12 C. de usufr. (3, 33). L. 6 D. de usufr. leg. (33, 2).

26) L. 44. §. 1 D. de O. et A. „Placet etiam ad tempus ob-

verändert, aber nicht das Erste.[27]) Es ist wahr, daß er allerdings mehr Grund hatte, keine temporaire Erbeinsetzungen als keine legata temporalia zuzulassen — aber es ist nicht minder wahr, daß eben auch nur seine Verordnung aus dem nicht bei Legaten wie bei Erbschaften zu berücksichtigenden Interesse der Creditoren u. s. w. erklärt werden kann, nicht aber der vorher allgemeine Grundsatz, daß letztwillige Zuweisungen ad tempus unzulässig seyen. Wenn nun ein dies certus weder Vermächtnisse noch Erbschaften resolviren konnte; so ist es gerade eben so gut möglich, daß auch ein dies incertus oder eine conditio beide nicht resolviren konnte, und die Berufung auf die blos bei Erbschaften obwaltenden Rücksichten beweist wenigstens für das alte Recht zu viel, also nichts, weil alsdann bei Resolution durch dies certus dieselbe abweichende Bestimmung zu erwarten gewesen wäre. Allein es kömmt hierzu ein Fragment, welches mit dürren Worten sagt, daß auch Legate nicht durch conditio resolvirt werden können, nämlich

L. 55. D. de legat. 1.

Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant: quia nec tempore aut loco *aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.*

Also „es kann der Testator selbst nicht bewirken, daß die durch Erbantretung entstehende Obligation zwischen Erben und Legataren durch conditio wieder aufgelöst werde.“ Die Stelle sagt dasselbe für den dies [28]) und die Ausnahme beim

---

ligationem constitui non posse, non magis quam legatum; L. 55 D. de leg. 1. L. 26 C. de legat. (6, 37).

27) L. 26 C. cit. §. 9 I. de hered. instit.

28) Auch für den locus, weil z. B. in den Worten „heres dato quoad Carthaginem non pervenerit“ versteckt eine conditio oder ein dies enthalten ist §. 5. I. de verb. oblig. Gujac. ad l. 55. cit. (opp. T. VII). Auch bei Stipulationen ist eben so, daß sie wohl ex die aber nicht ad diem constituirt werden

usus fructus tritt ebenfalls in beiden Fällen ein.[29]) Indessen hinsichtlich des *dies* derogirt jener Stelle Justinians Verordnung, die L. 26 C. de legatis „(Illud quod de legatis vel fideicommissis *temporalibus* utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus etc. — — consequens est etiam legata vel

können L. 44. §. 1 D. de O et A. §. 3 I. de v. o. und daß wohl eine conditio efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur — —" L. 44. §. 1 D. §. 4. I. eod. Indessen steht demjenigen, welcher nach eingetretenen auflösenden dies oder conditio klagt, die exceptio doli entgegen L. 44. §. 1, 2. eod. L. 56. §. 4. de V. O. (45, 1) — und so war im Grunde auch hier der endliche Erwerb durch contraria conditio suspendirt. Eben so ist es bei Realservituten, die sogar nicht einmal conditione oder tempore suspendirt werden können — — sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti L. 4. D. de servit. (8, 1); L. 56. §. 4. D. de V. O. Dagegen der usus fructus „*ad certum tempus* et in jure cedi et legari, et officio judicis constitui (adjudicirt) potest" Mai Fragm. §. 48; L. 16 §. 2. fam. ercisc. und oben Not. 25); „*ex certo tempore* legari possit an in jure cedi vel an adjudicari possit, variatur. Videamus ne non possit; quia nulla legis actio prodita est de futuro," so Paulus in Fragm. ed. a Majo §. 49. aber Ulpian in L. 16. §. 2. D. cit. (10, 2.): „usus fructus et ex certo tempore et usque ad certum tempus alternis annis adjudicari potest." So konnte denn der usus fructus allerdings auch ad conditionem (nicht blos sub conditione) hinterlassen werden, d. h. so, daß er nicht durch contraria conditio suspendirt, sondern sogleich erworben wird, und wenn die ademtionis conditio existirt ipso jure aufhört: L. 20 D. de usufr. leg. (33, 2), L. 96. §. 1. de cond. et dem. Göschen Observ. p. 66. in der Note.

29) S. die vorige Note. — Wenn der usus fructus *ex certo tempore* legirt werden kann, so weicht er darin nicht ab von dem was bei allen Legaten gilt. Gaj. II, 250 in fin. L. 49 pr. D. de leg. 1. L. 1. §. 1. D. de cond. et dem. L. 21. pr. D. quando dies leg. (35, 2).

fideicommissa quae *ad tempus* relicta sunt confirmari etc.) Für die Bedingungen läßt sich keine derogirende Stelle nachweisen, und so wäre die Unzulässigkeit eines bedingten Resolvirens der Legate für das alte Recht auf jeden Fall, und da es in Justinians Compilation ohne Widerspruch steht, auch für das Justinianische Recht bewiesen. Wer also nicht behaupten will, daß resolvirende Bedingungen auch bei Legaten wirkungslos seyen, der muß sich die mehrgedachte Umdrehung gefallen lassen; die auch bei Erbschaften so wenig einen Grund gegen sich hat, als die Zulässigkeit einer schon vom Testator suspensiv gefaßten Bedingung. — Eine Resolutivbedingung ist hier nichts als eine bedingte Ademption, warum soll nun eine heredis institutio blos pure nicht auch bedingt revocirt werden können? Die Wirkung einer puren Ademption ist, daß die datio unbedingt wegfällt, also die einer bedingten, daß die datio unter einer (entgegengesetzten) Bedingung wegfällt. Von dieser Ansicht geht namentlich Modestin aus, wenn er sagt:

> L. 27. §. 1 D. *de condit. institutt.* Heredi quem testamento pure instituit codicillis scripsit conditionem: quaero an ei parere necesse habeat? Modestinus respondit: Hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, porro in defectu conditionis de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur.

Der anfänglich unbedingten Institution wurde in der Folge eine Bedingung beigefügt, ob so, daß dadurch die Institution bis zum Eintritt der Bedingung suspendirt, oder mit dem Wegfallen derselben resolvirt seyn soll, wird nicht unterschieden, denn das Eine wie das Andere ist eine bedingte Ademption, oder was dasselbe ist macht die Erwerbung der Erbschaft von einer Bedingung abhängig; was freilich in einem bloßen Codicille nicht geschehen kann, aber allerdings im Testamente, denn danach ob die Bedingung suspensiv oder resolutiv concipirt sey, hat der Verfasser

dieser Stelle nicht gefragt. — Es muß ja ohnehin bei letzten Willensordnungen die ademtio mit der datio in Verbindung gedacht werden, so daß eine dunkle Ademtion nicht ungültig ist, sondern nur die datio dunkel macht, was in neuerer Zeit erwiesen [30]) und auch von Thibaut [31]) anerkannt worden ist. Eben so muß also auch eine pura aber unter Bedingung zu resolvirende institutio, mithin die bedingte Rücknahme einer unbedingten Einsetzung eben mit dieser Einsetzung in Verbindung gebracht werden. Wie folglich eine klare datio dunkel und deßhalb null wird durch die dunkle ademptio, eben so wird eine pure datio bedingt durch die bedingte ademptio.

30) Man braucht deshalb nur zu verweisen auf dieses Archiv B. 1. H. 3. nr. 33 und 34. um bekannte Dinge in Erinnerung zu bringen.

31) Pand. 6te Aufl. §. 829 a. E.

VIII.

Ueber Provocation von Seiten des Bürgen an den Gläubiger zur Erhaltung oder Benutzung der Wohlthaten der Ordnung und Theilung.

Von Herrn Professor Dr. Gesterding zu Greifswald.

Die sogenannte Provocatio ex lege: *si contendat* ist, nach der Lehre der Rechtsverständigen, nicht bloß zuläßig bei peremtorischen Einreden, die bei längerer Verzögerung der Klage erlöschen oder unbrauchbar werden, oder nicht mehr zu beweisen seyn mögten; sie findet auch Statt bei verzögerlichen gewisser Art, nämlich bei solchen, welche die Sache selbst angehen und unter gewissen Bedingungen die Wirkung zerstörlich hervorbringen. Man zählt

Eigenthum, wobei derjenige, welcher durch das interdictum de retinenda possessione zum possessor gemacht war, Beklagter wurde. Bei dem Verfahren per formulas hingegen fiel die vindicatio und das sacramentum ganz weg, das interdictum de retinenda possessione wurde in seiner bisherigen Form, also mit zwei Klägern, beibehalten, wurde aber nun, statt einer bloßen richterlichen Verfügung in dem Prozesse über das Eigenthum eine eigene dem Prozesse über das Eigenthum entgegengesetzte Klage (causa possessionis und causa proprietatis), und der Prozeß über das Eigenthum selbst fing erst mit dem judicium, der actio in rem, an, welche, wie bei der legis actio, gegen den durch das Interdict bestimmten possessor angestellt wurde. Nach dieser Ansicht wäre also das interdictum uti possidetis und utrubi nicht bloß eine Nachahmung der dictio vindiciarum, sondern identisch mit derselben, bis auf die veränderte Stellung im Prozesse: und daraus würde es sich zugleich erklären, warum Gajus (4, 16) von der dictio vindiciarum nur sagt, Praeter interim *aliquem* possessorem constituebat, ohne hinzuzufügen wen.

Sinnentstellende Druckfehler

in meinem Aufsatze, entstanden während ich abwesend war, sind:

S. 126 Z. 12 v. o. Definiren statt Deficiren
S. — Z. 1 v. u. Raum statt Reue
S. 127 Z. 7 v. o. können statt kann
S. 130 Z. 1 v. u. erupt. statt empt.

Zimmern.